

VD_GERICHTE ZQ08.033168 vom 7. Dezember 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-12-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ08.033168

FR: VD_GERICHTE ZQ08.033168 du 7 décembre 2009

IT: VD_GERICHTE ZQ08.033168 del 7 dicembre 2009

Erwägungen

E. 1

a) A teneur de la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA- VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36), en vigueur depuis le 1er janvier 2009, les causes pendantes devant les autorités administratives et de justice administratives à l'entrée en vigueur de la présente loi sont traitées selon cette dernière.

- 6 - La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est donc compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD). b) Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision attaquée, le recours l'a été en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]) ; il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable en la forme.

E. 2

Le litige porte sur le montant de l'indemnité de chômage allouée à la recourante durant la période d'indemnisation du 2 juillet 2007 au 1er juillet 2009, en particulier sur le montant du gain assuré. a) Selon l'art. 23 al. 1, 1ère phrase, LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0), est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Lorsque le calcul du gain assuré est basé sur un gain intermédiaire que l'assuré a réalisé durant le délai-cadre de cotisation, les indemnités compensatoires sont prises en considération dans le calcul du gain assuré comme si elles étaient soumises à cotisation, pour autant que le montant du gain intermédiaire atteigne le montant minimum visé à l'al. 1 (al. 4). Le montant des indemnités compensatoires à prendre en considération ne doit pas dépasser le montant du gain intermédiaire réalisé pendant la période de contrôle (al. 5). Aux termes de l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit

- 7 - à la compensation de la perte de gain. Selon l'al. 3 de cette même disposition, est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. b) Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail, le gain assuré sera calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement (art. 37 al. 3bis OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas

d'insolvabilité, RS 837.02]). Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (41a al. 1 OACI). c) Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (cf. art. 5 al. 2 LAVS [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10]), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme « normalement » utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2ème éd., n. 366 p. 2288). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent dès lors pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi notamment de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105) et de l'indemnité de vacances (à certaines conditions : ATF 130 V 492 consid. 4.2.4).

E. 3

Par un premier moyen, la recourante reproche à la caisse intimée de ne pas avoir tenu compte de la totalité des gains intermédiaires réalisés pendant le délai-cadre d'indemnisation dans le calcul du gain assuré. a) Selon la jurisprudence, les indemnités versées pour les heures supplémentaires ne font pas partie du gain assuré (cf. supra, consid. 2c). Par heures supplémentaires, il faut comprendre tant le travail

- 8 - supplémentaire au sens de l'art. 13 LTr (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, RS 822.11) que les heures accomplies en sus de l'horaire habituel au sens de l'art. 321c CO (code des obligations du 30 mars 1911, RS 220 ; cf. ATF 129 V 105 ; Rubin, Assurance-chômage : Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 308). b) En l'occurrence, la période de référence prévue par l'art. 37 al. 3bis OACI court de juillet 2006 à juin 2007. Durant le mois de mars 2007, la recourante a cumulé deux revenus différents, à savoir celui touché auprès de l'association X. _____ et celui versé par le Théâtre Z. _____, s'élevant respectivement à 4'000 fr. et 4'500 francs. L'assurée demande la prise en compte de ces deux revenus dans le calcul du gain assuré, faisant valoir qu'elle a travaillé au Théâtre Z. _____ sans précision d'horaires à côté de ses répétitions et que, ayant une fille mineure, elle n'a pas pu travailler à plus de 100% pour ces deux emplois. Or, il ressort de l'attestation remplie par l'association X. _____ que l'intéressée a travaillé tout le mois de mars 2007 pour cet employeur à raison de huit heures journalières, soit à un taux de 100 pour-cent. L'attestation de gain intermédiaire corrigée, produite ultérieurement par la recourante et dont il ressort qu'elle n'aurait travaillé qu'à 50%, ne modifie en rien cette appréciation, dans la mesure où cette attestation ne mentionne pas avec précision les heures de travail effectuées et que le salaire mensuel, inchangé, correspond très vraisemblablement à celui d'une activité exercée à plein temps. Cela étant, c'est donc à juste titre que la caisse intimée n'a pas tenu compte dans son calcul du gain assuré des heures effectuées par la recourante pour le Théâtre Z. _____. Ce même raisonnement doit être tenu pour le mois de septembre 2006, durant lequel la recourante a travaillé à plein temps comme metteuse en scène pour le compte d'une compagnie théâtrale à raison de 5'500 fr., de sorte que le gain supplémentaire réalisé en tant qu'enseignante (1'500 fr.) n'entre pas davantage dans la fixation du gain assuré.

- 9 - Partant, le premier grief de la recourante se révèle mal fondé et la décision attaquée doit donc être confirmée sur ce point.

E. 4

Par un second moyen, la recourante requiert la prise en compte de ses vacances dans le calcul du gain assuré. a) Bien qu'elles fassent partie du salaire déterminant au sens de la LAVS, les indemnités de vacances versées en plus du salaire de base sous la forme d'un pourcentage ne font pas partie du gain assuré. Une pratique contraire aurait pour effet de favoriser sans motif l'assuré dans cette situation par rapport à celui qui prend réellement les vacances auxquelles il a droit. Il convient toutefois d'établir combien de jours de vacances sont dédommagés par de telles compensations financières au cours de la période de cotisation déterminante. Dès lors, les indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus de son salaire horaire ou mensuel doivent être considérées comme faisant partie du gain assuré du mois au cours duquel l'intéressé a pris effectivement ses vacances (ATF 125 V 42 consid. 5b p. 47 ; TF 8C_676/2008 du 28 novembre 2008, consid. 3.1 et les références). Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a précisé à cet égard, dans sa circulaire relative à l'indemnité de chômage (ci-après: IC 2007), que l'indemnité de vacances versée en plus du salaire de base n'est prise en compte comme gain intermédiaire qu'au moment où l'assuré prend effectivement ses vacances (IC 2007, C125). Dès lors, l'indemnité de vacances est déduite du gain intermédiaire à prendre en considération et ce n'est que quand l'assuré prend ses vacances que l'indemnité de vacances acquise est prise en compte comme gain intermédiaire (IC 2007, C149). b) En l'espèce, force est de constater que tant la décision de l'agence du 24 avril 2008 que la décision sur opposition attaquée restent muettes à ce sujet, cette dernière se limitant à mentionner que « les vacances de l'opposante [...] ont été prises en compte conformément à la loi ». Cela étant, le grief de la recourante portant sur le fait que la caisse intimée a requis la production de documents rectifiés, sans en tenir compte par la suite dans la détermination du gain assuré, est fondé. En

- 10 - effet, selon le tableau figurant dans la décision initiale du 24 avril 2008, l'indemnité de vacances semble avoir été déduite du salaire soumis à cotisation, sans toutefois avoir été ajoutée lorsque la recourante a effectivement pris des vacances, exception faite du mois de mars 2007. Après l'obtention des attestations de gains intermédiaires corrigées, la CCH aurait dû réexaminer le dossier à la lumière de ces nouveaux éléments et procéder à un nouveau calcul. En tout état de cause, la caisse intimée n'a pas apprécié les preuves conformément aux exigences du droit fédéral et a violé son obligation de motiver sa décision sur ce point, de sorte que la cour de céans n'est pas en mesure de se prononcer en toute connaissance de cause. Par conséquent, le dossier doit être renvoyé à l'intimée, afin que celle-ci réexamine la question du sort des vacances dans le calcul du gain assuré et prenne une nouvelle décision, dûment motivée.

E. 5

En définitive, le recours doit être admis, la décision attaquée annulée et le dossier de la cause renvoyé à la caisse intimée, afin que celle-ci se détermine de manière claire et motivée sur la prise en compte de l'indemnité de vacances dans le calcul du gain assuré. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens (art. 55 LPA-VD).